

RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTITUCIONAL *

ROBERTO DE ABREU E SILVA

Professor da EMERJ. Desembargador TJ/RJ

Coube-me trazer algumas reflexões sobre o tema que diz respeito à Responsabilidade Civil Constitucional. A evolução da obrigação de reparar, partindo da culpa, no início do século, para chegarmos à responsabilidade sem culpa no fim do século, demonstra uma realidade - o novo perfil do Poder Judiciário. A expressão sem culpa, no final do século, abrange aquelas diversas teorias que liberam a vítima da prova da culpa, para configurar seu direito subjetivo à reparação de danos injustos. Nessa expressão, sem culpa, lato sentido, envolvo as teorias da presunção de culpa, da inversão do ônus da prova da culpa, a do risco, a objetiva, a do risco administrativo etc. Esta nova realidade de se impor a responsabilidade civil, basicamente se demonstrando o nexo de causalidade entre a ação e o resultado danoso, preponderou na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tudo isso, no entanto, foi impulsionado pelas conquistas sociais e evolução dos direitos fundamentais que plasmaram na Constituição de 1988, como direitos fundamentais, garantias individuais e liberdades públicas, que não podem ser olvidadas no momento da interpretação e da aplicação da lei.

Até o início do século, os direitos, liberdades públicas e garantias individuais eram declarados, mas, hoje, vivemos uma nova realidade: a sociedade não se contenta mais com declarações de direitos fundamentais. A sociedade hoje exige a realização dos direitos fundamentais e este encargo incumbe ao Poder Judiciário concretizar, eis que é o guardião da Constituição e, notadamente, aos juízes compete exatamente, realizar esse direito fundamental. Essa é a nova imagem do Poder Judiciário, no final do século XX e neste início do século XXI. A sua função é concretizar os direitos fundamentais.

* Exposição apresentada na EMERJ, em 25.05.01, no Seminário “Aspectos Multidisciplinares da Lei de Responsabilidade Fiscal”.

A Carta Magna de 1988, no seu artigo 1º, inciso III, colocou o ser humano como centro de suas atenções, estabelecendo como direito fundamental a *dignidade do ser humano*. A dignidade representa uma exigência de respeito para com a pessoa no exercício da liberdade com responsabilidade por cada um. Esse novo paradigma deve nortear toda interpretação jurídica em sede de responsabilidade civil. A partir de então, não se pode dar um passo em sede de hermenêutica jurídica, sem levar em consideração essa invariante axiológica que é, exatamente, *o respeito à dignidade da pessoa humana*.

Em decorrência desse posicionamento, somos forçados a proceder uma releitura da responsabilidade civil, a começar pelo artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece de forma categórica a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado e prestadoras de serviço público. Essa norma tem influência direta no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97 – art. 1º, §§ 1 a 5) que estabeleceu, também, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e prestadoras de serviços no trânsito, no propósito de garantir um trânsito seguro.

Corroborando com esse entendimento, o artigo 28 estabelece o dever de cuidado do condutor, no sentido de diligência e prudência, para não perpetrar danos a outrem, evidenciando que o ser humano deve ser considerado de maior valor, no plano axiológico constitucional, quando se trata de vítima inocente, fazendo sempre gerar uma reparação dos danos. Isto porque nas situações de danos injustos, causados a pessoa inocente, a falta de diligência e prudência do lesante resulta evidente ou verossímil do próprio fato. A partir do momento em que se assentou na doutrina e pacificou a jurisprudência, no sentido de que a culpa leve ou levíssima, implica a responsabilidade civil, embora possa não ser considerado como elemento suficiente para uma responsabilização penal, entende este expositor que o dano injusto causado à integridade corporal ou patrimonial de uma pessoa, se a vítima é inocente, tal falta de diligência e prudência resulta evidente ou verossímil do próprio fato.

Em circunstâncias tais, haverá a violação do preceito do artigo 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porque estabelece como direito fundamental a proteção à vida, à saúde, à segurança, à integridade corporal, à integridade patrimonial, contrapondo a todos o dever de respeito a esses bens intangíveis. E o inciso X, já estabelece a sanção,

que é obrigação de reparar os danos materiais e morais. Resulta desse raciocínio lógico a conclusão de que, por exemplo, aquele que abalroa um veículo pela traseira, causando lesões corporais a outrem, tira a vida de uma pessoa, em princípio, já ofende a norma constitucional que exige o respeito à integridade patrimonial, corporal, moral e à dignidade da pessoa humana. Em situação tal que a falta de diligência ou prudência do lesante, que nada mais é do que a negligência e imprudência, resulta evidente ou verossímil do fato (*ipso facto*). E se houver causa justificativa de conduta, tal justificativa deverá ser demonstrada pelo lesante, sob pena de se deflagrar a responsabilidade civil constitucional impositiva do artigo 5º, X, da CRFB/88.

Com relação à saúde, a Constituição garantiu, também, como direito fundamental a mesma proteção. Com efeito, no seu artigo 196, determinou ao Estado a proteção das pessoas que necessitam do seu socorro, nas situações de perigo de vida e à saúde, impulsionadas pelas circunstâncias da vida. A tutela do direito à saúde, hoje, constitui um mandamento constitucional indissociável da proteção que a Carta Magna defere à vida.

Por essa razão e levando em consideração o paradigma maior da dignidade da pessoa humana é que, na colisão de princípios ou de direitos dentro do corpo constitucional, deve prevalecer a norma que garante a integridade corporal e moral da pessoa humana. Por tal razão é que o Judiciário sempre defere uma tutela antecipada para garantir a proteção ao doente, no propósito de efetivar a proteção à saúde, seja contra uma empresa de seguro saúde, ou o próprio Estado.

Não faz muito tempo, em novembro de 2000, nós tivemos um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, sobre essa proteção à saúde, no aresto em que foi relator o Ministro Celso de Melo. Uma situação de paciente com HIV, cuja ementa proclama: “*Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimentos gratuitos de medicamentos. Dever constitucional do poder, artigo 5º, caput e 196. O direito à saúde representa a consequência de proteção do direito à vida*”.

Em sede do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a Constituição garantiu o direito do consumidor na ótica de uma proteção especial, no artigo 5º, XXXII, como direito fundamental. E, no artigo 170, V, determina, também, tal proteção ao direito do consumidor. Se o direito do consumidor é um preceito fundamental, garantido pela Constituição, como cláusula pétrea, não se vê como uma medida provisória possa tentar suspender os

efeitos da proteção a esse direito fundamental. As normas de proteção ao consumidor não podem sequer constituir objeto de emenda, porque o direito fundamental constitui uma norma máxima garantida pela cláusula pétrea, no artigo 60, § 4º.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, atendendo a um mandamento constitucional - que, no meu sentir, constitui um microssistema, que consiste na densificação da Constituição, registrando normas constitucionais fora da Constituição -, estabelece, de forma categórica, a proteção à vida, à saúde, à segurança contra os riscos dos produtos e serviços, no artigo 6º, inciso I; e, no inciso VI, estabelece duas situações inusitadas que são a efetiva prevenção e a reparação dos danos patrimoniais, morais, lesivos a interesses individuais, coletivos e difusos por fato do produto ou serviço na relação de consumo.

A Constituição, neste passo, determinou tal proteção ao consumidor. A Lei nº 8.078/90 consubstanciou em seu corpo normativo o *princípio da segurança*. Sendo que essa proteção aos interesses jurídicos do consumidor é de natureza preventiva, razão pela qual estabeleceu-se neste quadro, uma situação nova, revelando a função preventiva da responsabilidade civil, que se torna possível de realização, com base no artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 8.078/90, quando houver ilícito de perigo, que consiste na possibilidade ou iminência de grave lesão ou dano irreversível, a prejudicar interesses individuais, coletivos e difusos.

Dentro desse novo campo que exsurge, descortina-se do alvorecer do terceiro milênio, a função preventiva da responsabilidade civil quando se refere a tutela à saúde pública, ao meio ambiente, ao consumidor e integridade patrimonial e extrapatrimonial. Todas essas situações estão garantidas na Constituição. A proteção ao meio ambiente, no artigo 225; a proteção à saúde em situação de perigo, na Lei nº 6.938/81. E o instrumento adequado para se impor a obrigação de não fazer, que é a forma de se fazer valer a responsabilidade civil e preventiva, é através da tutela antecipada cautelar e, principalmente, a tutela inibitória prevista nos artigos 461 e 84 e seus parágrafos, principalmente, o 3º (do CPC).

A professora Catherine Tibierge,¹ da Universidade de Orleans, escreveu sobre esse tema: a natureza da responsabilidade preventiva. Tam-

¹ Libres Propos Sur L'Evolution du Droit N° 3 - Paris: Dalloz, Juillet - septembre 1999 - **Revue Trimestrelle de Droit Civil**.

bém, já se pronunciou o nosso Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes, em trabalho recente, publicado na última **Revista de Direito**, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro², sobre essa função preventiva da responsabilidade civil, situação que é um novo enfoque. Por isso, hoje, a regra de ouro da responsabilidade civil não é a reparação do dano como forma de repressão, mas é a prevenção do ilícito. É preferível prevenir do que remediar.

Notadamente, nos danos ecológicos (Lei nº 7.367/85) ao consumidor, saúde pública, os prejuízos a interesses individuais, coletivos e difusos, como no caso da febre aftose, a atuação jurisdicional e das autoridades deve ser efetiva, e, principalmente preventiva, porque depois de instaurado o dano, é difícil realizar o direito à reparação. O processo de conhecimento, em si, já é tortuoso. Mais difícil ainda é a realização do direito no processo de execução dentro do nosso sistema jurídico processual. Por isso, impõe-se aos eminentes magistrados procederem a colmatação do vazio da norma jurídica, em sede de responsabilidade civil, com o princípio axiológico de proteção da dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais. Não se olvidando, destarte, de que a lei atua à Constituição, mas, a sentença constitui a síntese da Lei e da Constituição, no momento da conversão do Direito em Justiça, mormente, neste início da nova era em que a CRFB/88 impõe a hegemonia do SER sobre o TER.

Intervenção do Desembargador Sérgio Cavalieri, debatedor - Senhor Presidente (da mesa de trabalho), eminente Des. José Joaquim Fonseca Passos, dado ao adiantado da hora, vou me limitar a fazer apenas algumas breves observações. Mesmo porque o eminente Desembargador Roberto de Abreu acaba de fazer uma exposição brilhante. Devo dizer que o Desembargador Abreu recentemente defendeu sua tese de doutorado, exatamente sobre o tema, praticamente envolvendo responsabilidade civil e seus aspectos constitucionais. O título da tese foi: “Teoria da falta contra a legalidade constitucional”. É algo para estourar os miolos, temos que esperar a publicação e lermos devagar, com bastante atenção.

Eu gostaria de destacar alguns aspectos: em primeiro lugar, a importância que a responsabilidade civil adquiriu ao longo do século passado. No Código Civil, praticamente a responsabilidade civil estava circunscrita ao

² GOMES, Luiz Roldão de Freitas - **Revista de Direito TJ/RJ** - Espaço Jurídico, 2001 - v. 46, p. 65.

artigo 159 e em alguns outros artigos esparsos na Parte Especial. Com o decorrer do tempo, a matéria da responsabilidade civil - isso aconteceu também, Desembargadora Áurea Pimentel Pereira (componente da mesa), principalmente com a matéria de Direito de Família - alcançou um desenvolvimento importante e uma importância que passou a ser constitucional. Talvez não tanto quanto em matéria de Direito de Família, mas a matéria de responsabilidade civil teve uma evolução extraordinária e em grande parte, dada a sua importância, veio a ser constitucionalizada, isto é, prevista na própria Constituição e, por normas autoaplicáveis e não por normas programáticas.

Todos sabemos que, praticamente, a primeira disposição constitucional que tratou da responsabilidade civil foi a Constituição de 1946, em relação à responsabilidade civil do Estado. Era o artigo 194 e aquilo foi em decorrência de uma longa evolução, principalmente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Temos que admitir, que no Brasil, tal como na França, o Tribunal de Estado, o Conselho de Estado, coube ao Supremo Tribunal Federal esta tarefa extraordinária de elaborar uma doutrina e uma disciplina sobre a responsabilidade civil do Estado.

A Constituição de 1988 deu uma amplitude muito maior, às normas, a certas áreas da responsabilidade civil, consagrando-as na própria Carta Magna. E, o grande passo - o Desembargador Roberto Abreu mencionou - foi exatamente aquele adendo no artigo 37, § 6º, a responsabilidade objetiva que até a Constituição de 1988 era só do Estado (isto é, das pessoas jurídicas de direito público e não havia como estendê-las às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, não obstante Helly Lopes Meirelles e outros debaterem nesse sentido). A Constituição de 1988 estendeu essa responsabilidade a todos os prestadores de serviços públicos. De modo que aí, ela passou a ter uma enorme abrangência e, hoje, quando temos que tratar dessa questão, não temos que invocar lei infraconstitucional alguma - é diretamente a Constituição. Essa área é bem conhecida por todos nós.

Eu gostaria de destacar outro ponto importante que foi colocado pelo Desembargador Roberto Abreu: no momento em que a Constituição fez da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito - e isso é importantíssimo no meu entender - você abre a Constituição no primeiro artigo que diz: “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito*

Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:” Quais são os fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito? “*Inciso I - a Soberania; II - a Cidadania; III - a dignidade da pessoa humana*”. Quer dizer, o ser humano foi colocado no topo da pirâmide, da ordem jurídica e, a partir daí, então, não havia como não mais se admitir a reparação do dano moral. Então, o que é que encontramos no artigo 5º, incisos V e X? A reparação do dano moral e a imagem etc., nada mais é do que a consequência desse dispositivo, porque imagem, nome, dignidade etc., tudo isso integra aquilo que poderíamos chamar de dignidade da pessoa humana.

Por isso eu costumo definir o dano moral como sendo ofensa à dignidade da pessoa humana. Quando quisermos saber o que é dano moral, temos que verificar se houve, realmente, alguma agressão a essa dignidade da pessoa humana, que é formada por um conjunto de bens que integra a nossa personalidade. Então, a partir daí, também houve uma amplitude enorme da responsabilidade civil constitucional, que é hoje o dano moral.

O dano à imagem, o dano ao nome, dano à honra, tudo é uma decorrência de princípios que estão na própria Constituição. Não há mais que aplicar normas infraconstitucionais. E uma relevância que trouxe isso desde logo, foi exatamente a não limitação da indenização pelo dano moral. Todas aquelas leis, principalmente a Lei da Imprensa e o Código de Telecomunicações que estabeleciam limites para eventual reparação de dano moral, tornaram-se não mais vigentes, porque a Constituição não estabelece limites, deixando isso a critério da razoabilidade, da prudência, do bom senso etc.

Além dessas amplitudes, gostaria de destacar dois dispositivos porque eu percebo no Tribunal que alguns colegas - sem dúvida não é o caso de nenhum de vocês aqui presentes - ainda não atentaram bem para esse aspecto: o primeiro deles diz respeito à responsabilidade civil por acidente de trabalho, àquilo que se chamava de responsabilidade com base no direito comum. Isso foi batizado de tal maneira como “responsabilidade com base no direito comum” (porque era fundado no artigo 159 do Código Civil) que ainda hoje alguns colegas costumam assim escrever: “responsabilidade com base no direito comum”, quase sempre invocando ou aplicando o artigo 159 do Código Civil.

Essa responsabilidade também, hoje, está constitucionalizada e, me parece, até inconveniente usar o artigo 159, quando se tem um artigo constitucional. Se tem uma lei maior, por que vou usar o artigo 159? O artigo 7º,

XXVIII da Constituição Federal (ressaltamos que no artigo 7º todos sabem que dispõe sobre os direitos sociais, todos os direitos do trabalhador) diz assim: “*seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador*” - e aí está a responsabilidade objetiva com risco integral, essa é contra o INSS, “*sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa*”.

O que temos aqui? A Constituição consagrou aquele entendimento que já estava na súmula do Supremo Tribunal Federal. “*Indenização pelo acidente de trabalho em face do INSS que é risco integral, não exclui eventual indenização contra o empregador*”. Então é possível aplicarem-se as duas. Só que a súmula falava anteriormente em culpa grave e, hoje, a Constituição fala em culpa. Não é preciso que haja culpa grave, que é de difícil configuração, mas é preciso culpa.

Com efeito, sobre esses dois detalhes que eu queria chamar a atenção de vocês: em primeiro lugar, é um dispositivo constitucional; em segundo, está havendo uma tendência muito liberal dos nossos colegas que, praticamente, consideram isso uma responsabilidade objetiva. “Ah! caiu, se acidentou, caiu, machucou, tem que indenizar!” Eu lhes lembro que essa responsabilidade é subjetiva. Aqui teremos que analisar a culpa, teremos que verificar se o empregador violou algum daqueles deveres de cuidado que a caracteriza, por ser um de seus elementos essenciais.

Se fizermos, aqui, uma responsabilidade objetiva, eu ressalto que estamos contrariando o próprio texto constitucional. Claro que basta a culpa leve, mas é preciso analisar a culpa. É preciso que a sentença observe se, efetivamente, houve violação do dever, ou de segurança em seus equipamentos, se pôs o trabalhador em condições de riscos excepcionais. É preciso isso. Senão, ***data venia***, estaremos dando uma aplicação de um dispositivo constitucional que não tem essa abrangência de responsabilidade objetiva. E há uma tendência de aumentar o número dessas ações, por exemplo, lá de Volta Redonda está vindo carradas de ações, agora, contra a própria empresa, porque teve hipoacusia bilateral.

O indivíduo já foi indenizado por acidente de trabalho, dez, quinze ou vinte anos atrás, está agora movendo uma ação de indenização contra o empregador, sem dizer nada. “Não, eu fiquei mais surdo.” “Quando entrei lá na empresa, eu estava perfeitamente sadio e quando saí, fiquei doente.” Isto é responsabilidade objetiva que, ***data venia***, não basta para caracterizar a responsabilidade do empregador.

E uma outra observação que eu gostaria de fazer: os colegas, por certo, já observaram (primeiro porque têm chegado muito ao Tribunal) as ações de indenização contra o Estado por dano moral por ato judicial. Não somente dano moral, mas também dano material por ato judicial.

As Constituições anteriores tratavam da responsabilidade civil do Estado, objetiva, no capítulo do Poder Executivo. Hoje, a disposição está no artigo 37, como todo mundo sabe e, não há dúvida, se aplicam a toda a Administração Pública, os dispositivos do artigo 37. Aplicam-se esses princípios a qualquer dos Poderes, à Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes do Estado.

Então, aquela tese de que não se aplicaria a responsabilidade objetiva do Estado aos atos jurisdicionais ou judiciais, porque o dispositivo estava no capítulo do Poder Executivo, hoje não tem mais fundamentação alguma. Também não tem mais fundamento aquela idéia de que o Judiciário é soberano e como soberano não pode ser responsabilizado. *Data venia*, a soberania é do Estado como um todo e não, do Poder Judiciário. Se o Poder Judiciário é soberano por que o Poder Executivo e o Poder Legislativo não o são? Então essas teses, hoje, já estão ultrapassadas.

Depois da Constituição de 1988, surgiram várias teses de doutorado e, todas elas, entendendo que o artigo 37, § 6º, se aplica aos atos judiciais. E, com base nessas teses, está havendo uma grande quantidade de ações, destinadas à responsabilização do Estado, por atos judiciais. E a tese, o argumento principal desses autores é que a atividade judicial é, em outras palavras, um serviço público. E, assim como o Estado responde objetivamente pela atividade administrativa, como qualquer dos seus serviços, deve também responder objetivamente, nos termos do artigo 37, § 6º, por qualquer ato judicial e, conseqüentemente, sempre que uma decisão for errada ou equivocada, ou injusta, caberia ação de indenização.

É muito constante a ação de indenização, porque a pessoa foi presa em flagrante e depois absolvida por falta de prova; foi presa por um decreto de prisão preventiva e depois o inquérito foi até arquivado e, coisas dessa natureza. Em que ficamos? Eu gostaria, apenas, de chamar a atenção dos senhores para esse detalhe: nós temos na Constituição um outro dispositivo específico, que me parece, deve ser observado e considerado. Está no artigo 5º, LXXV, que diz assim: “*o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*”. Então, a pergunta que eu sempre faço, especialmente em congres-

sos de que participo, é a seguinte: se toda a responsabilidade civil do Estado está no artigo 37, § 6º, por que esse artigo 5º, LXXV?

Os senhores vão encontrar alguns que chegam a escrever, dizendo que esse dispositivo é inócuo, que não se precisaria dele, porque já existe o artigo 37, § 6º. Ora, se na lei ordinária, não há palavra ociosa, como haveria um dispositivo ocioso na Constituição Federal?

É claro que esses dois dispositivos terão que ser compatibilizados. Evidentemente que haverá entre eles uma relação ou de generalidade ou de especialidade, de importância de princípios, do princípio da proporcionalidade. E, no meu entender, a Constituição fez uma clara distinção entre responsabilidade por atividade judiciária e atividade administrativa judiciária. Por exemplo, se o cartório atrasa num processamento, se um juiz levou um processo para casa por muitos dias, não estará exercendo função jurisdicional alguma, aliás estará deixando de exercê-la. Isso tudo é função administrativa. E, não há dúvida de que essa função administrativa está incluída no artigo 37, § 6º.

Entretanto, outra coisa é o ato judicial, o ato jurisdicional típico, aquele que o juiz exerce o poder e em que ele atua como agente político e não como agente administrativo. É aquele em que o juiz exerce a atividade de julgar. No meu entender, no artigo 5º, LXXV, inclui-se, sim, a responsabilidade pelo ato judicial típico, quer dizer, não basta, para responsabilizar o Estado por ato judicial típico, ato jurisdicional, ato de julgar, a mera atividade administrativa. Até em relação à decisão que seja injusta é preciso, como diz a Constituição, que fique caracterizado o erro judicial. Não é preciso que esse erro judicial, a meu ver, fique caracterizado através de uma ação rescisória ou de uma ação revisional. Ocorre que, muitas vezes, o erro fica caracterizado desde logo. Se o juiz concede uma liminar estapafúrdia e o Tribunal a cassa, se o juiz permite que o réu fique preso além do tempo necessário, é certo que isso tudo evidentemente tem erro caracterizado. Mas não sendo assim, terá que ficar, sim, caracterizado o erro judicial.

Eu costumo dizer que, se no crime *in dubio pro reo*, em matéria de responsabilidade civil, *in dubio pro Estado*, porque falta de provas não é caracterização de erro. Falta de provas é uma demonstração de que poderia ser “assim” ou “assado”. E quando o Estado prende legitimamente por prisão preventiva ou flagrante etc., ele não está praticando ato ilícito algum, ele está praticando ato lícito que está, inclusive, previsto e permitido na própria Constituição.

Eram essas as observações rápidas que eu queria fazer, até para que a nossa palestra tivesse um cunho de praticidade.

Intervenção do Dr. Marcos Antonio Ibrahim - Desembargador Roberto Abreu, eu gostaria de umas palavras de Vossa Excelência, sobre o seguinte tema: A que Vossa Excelência atribui a resistência do Poder Judiciário em responsabilizar o Estado naquelas situações em que há uma evidente e deliberada deficiência na prestação do serviço público? Eu me refiro, especialmente, à questão de segurança. Existem alguns esquemas, alguns locais do Rio de Janeiro, onde a violência, os furtos e roubos são conhecidos da população, da polícia, da imprensa, enfim, mas ainda há uma grande resistência do Poder Judiciário em reconhecer a responsabilidade do Estado pela falta deliberada do serviço público.

Desembargador Roberto Abreu - O eminente magistrado Ibrahim sabe perguntar e também sabe responder. Mas eu apenas vou fazer alusão ao fato de que a responsabilidade do Estado tem como pressuposto um dever jurídico específico de agir e, o dever de prestar segurança, não compete só ao Estado, mas a todos nós. Essa segurança é um dever genérico, porque é impossível o Estado prestar segurança individualizada. Nem nós magistrados temos esse privilégio. Também o Estado não tem como responder por fato de terceiro. Fato de terceiro é fato exclusivo dele. Então o que nós podemos fazer nessa hipótese?

Algumas situações podem ser analisadas. Se houver uma concorrência do Estado para o fato, por exemplo, o policial está por perto e não age, ou o Corpo de Bombeiros está por perto e não atua, se houver uma concorrência para o fato, evidentemente, aí será aplicada a responsabilidade civil do Estado. Mas num fato exclusivo de terceiro não se pode imputar-lhe a responsabilidade. Todavia, dentro dessa ótica, tem um aspecto interessante que eu gostaria de trazer à reflexão dos eminentes magistrados: é a norma do artigo 245 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Essa norma estabelece um dever ao legislador de providenciar uma lei que tutele as vítimas de crimes contra a vida, crimes dolosos. E, no entanto, nós estamos vendo que já se passaram mais de dez anos e não há providência legislativa alguma. Eu indago dos senhores: essas vítimas de fatos de terceiros que não são socorridas, mediante essa omissão legislativa do Estado, no sentido soberano, da União, será que não se poderia respon-

sabilizar a União por essa falha legislativa, durante dez anos? Essas vítimas ficam descobertas de qualquer amparo, de qualquer socorro?

Nós assistimos, aqui, à conferência do professor Alfredo Calderale, falando sobre as diretivas, notadamente na esfera de proteção a direitos fundamentais, quando ele disse que as diretivas da União Européia, da Corte, são no sentido de trazer uma obediência aos Estados participantes, um efeito vertical e, com relação aos direitos individuais, um efeito horizontal, ou seja, um efeito reflexo ou indireto. Mas quando se trata de diretiva que estabelece um dever de agir, de forma clara, que não precise de nenhuma colmatação com relação ao meio de execução, especialmente nessa esfera de proteção a direitos fundamentais, eu indago: lá, os juízes já decidiram, impondo a responsabilidade do Estado por falha legislativa ou por falta legislativa. Eu pergunto aos senhores: será que uma vítima de um crime perpetrado por um malfeitor, os seus dependentes não poderiam impor a responsabilidade do Estado por essa falta administrativa? Eu respondo com essa pergunta, porque é um tema que merece reflexão. Nessa parte, em tese, pelo menos, seria sustentável a defesa. Mas o resultado não podemos dizer qual é. É apenas um tema para reflexão.

E, com relação à sua resposta, especificamente, eu volto a dizer que o Estado não tem o dever específico de fornecer segurança a cada indivíduo. Isso seria o ideal. Mas no plano ideal não se pode exigir porque não se trata de obrigação.

Palavras do Desembargador Sérgio Cavaliere - Não sei se poderia dar um adendo, eu diria, Ibrahim, que não vejo uma resistência por parte do Judiciário, em responsabilizar o Estado em hipótese como você colocou. Parece-me que a questão aí é o problema da prova, porque, normalmente, principalmente as vítimas estão tão acostumadas com a responsabilidade objetiva do Estado, que não se preocupam em provar culpa. Então, como na responsabilidade objetiva do Estado, artigo 37, § 6º, da CRFB/88, tem o dano e o nexo causal, o Estado vai responder e o juiz condena. No caso de omissão do Estado, como disse o Desembargador Roberto Abreu, ele não é responsabilizado objetivamente pela omissão genérica, senão ele passaria a ser o segurador universal. Então, teríamos aí, a teoria do risco integral.

É preciso que o dano seja causado por agente do Estado, e aí está o fundamento da responsabilidade pelo risco administrativo. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus agentes, nessa

qualidade, causarem a terceiro. Só podemos aplicar o artigo 37, § 6º, quando estiverem caracterizados esses pressupostos: uma relação de causa e efeito entre agente do Estado ou atividade administrativa e o dano. Se o dano é causado por um assaltante, por chuva etc., não por um agente do Estado, não cabe a responsabilização objetiva.

Para responsabilizar o Estado por fato de terceiro, fato da natureza, há que se provar a culpa, ainda que seja culpa anônima. Quer dizer, a culpa do serviço, a falta do serviço, a teoria francesa, do serviço. Então há falta do serviço, quando o funcionamento foi mau ou não funcionou, mas é preciso que seja provado e isto é difícil. Então quase nunca o Estado é responsabilizado. Se ficar provada essa situação que Vossa Excelência colocou, de que a polícia estava lá perto, o Estado foi acionado, foi provocado e ele não tomou providências, então, evidentemente, que pode ser responsabilizado.

Quando passei por Vara de Fazenda Pública enfrentei essas situações, principalmente casos de desmoronamento em morros, com desastrosas conseqüências, que havia muito no Rio de Janeiro. Felizmente hoje não há tantos. Algumas vezes o Estado é responsabilizado e outras vezes não, porque a chuva normalmente não é agente do Estado. Mas eu me lembro de uma vez em que o Estado foi responsabilizado porque ficou caracterizado que o pessoal estava jogando lixo num determinado local, o Estado foi informado disso, esteve lá, interditou a área, mas não retirou ninguém de lá. Veio a chuva e derrubou dezenove barracos e morreram várias pessoas. Aí, não há dúvida de que ficou caracterizada a culpa. Então nesses casos há a falta configurada do serviço e o Estado pode ser responsabilizado. Então, no meu entender, é mais um problema de prova do que resistência do Judiciário em aplicar a medida e necessária responsabilização do Estado. ◆